

P
R Advogado/AASP
n.41/ex.1
1993



REVISTA DO ADVOGADO

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO

Nº 41 - SETEMBRO/93



UNIÃO ESTÁVEL

A CONSTITUIÇÃO E OS TRIBUNAIS

TEMA: "UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR OU SOCIEDADE DE FATO?"

**EXPOSITORES: MINISTRO CLAUDIO SANTOS
ADVOGADO PAULO LINS E SILVA
ADVOGADO ROBERTO ROSAS**



MEDIADOR: ADVOGADO ANTONIO CORRÊA MEYER

MINISTRO CLAUDIO SANTOS

Transmito as posições que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado em torno do tema, até o presente momento. Não poderia dizer que há uma colocação definitiva nas duas turmas do Superior Tribunal de Justiça, que enfrentam a questão mas há uma tendência, revelada por decisões de ambas as turmas e certamente no dia em que tivermos que abordar, diretamente, o problema, talvez a tendência atual do Superior Tribunal de Justiça venha a se confirmar, integralmente.

Para entender o assunto, temos que fixar alguns breves conceitos superficiais para melhor entendimento desta exposição. Em primeiro lugar o conceito de família, como todos os autores salientam, trata-se muito mais de um conceito sociológico do que propriamente dito, jurídico. A família, com efeito, tem se modificado no decorrer do tempo e nos diversos espaços do universo. A família ocidental é basicamente monogâmica, os países orientais, entretanto, admitem a família poligâmica. E assim por diante. Mesmo nos países ocidentais e porque não dizer, dentro do próprio Brasil, as famílias têm sido maiores e menores, porém basicamente, é um agrupamento de pessoas, isso é indiscutível - e fácil de constatar.

A sua extensão, assim, é variável e lembro que, na sociedade patriarcal, especialmente aquela nordestina, a família era composta não só do seu núcleo central de pais e filhos como de muitos outros agregados, trabalhadores, domésticos,

serviçais e até afilhados que acabavam ficando sob a tutela do chefe de família, do patriarca. Mas esta é família em extinção. Até no Nordeste, com a reforma agrária, com a sindicalização dos produtores rurais, a família patriarcal, sem dúvida alguma, vai ficar apenas nos registros históricos.

A família, hoje em dia, principalmente para nós que estamos na cidade, se resume na chamada família nuclear, em geral confinada em apartamentos, nas habitações coletivas dos grandes centros urbanos e que se resume a pais e filhos enquanto estes ainda não adquirem a necessária educação e instrução para, sozinhos, marcharem e formarem os seus núcleos familiares. Essa é a família modelo atual.

Evidentemente, pela própria constatação dos membros das famílias modernas, essas famílias são vinculadas de alguma forma. Não há mais vínculos políticos nem talvez vínculos puramente econômicos, mas outros vínculos existem; os vínculos sanguíneos, ou adotivos, aqueles que formam a família e basicamente os vínculos afetivos que unem as pessoas, que formam os pares, andróginos, o homem e a mulher e, desta união, acaba surgindo a prole.

Estou me referindo aos fatos, a famílias de acordo com a realidade fática. Evidentemente se tiver que falar da família sob o ponto de vista tradicional terei que referir-me à família constituída pelo casamento. Lógico, em todas as legislações, fundamentalmente, a chamada família tradicional é oriunda do contrato solene do casamento. Mas a realidade dos fatos nos leva à evidente conclusão, à

constatação de que existem inúmeros outros núcleos familiares que não são compostos exclusivamente de duas pessoas que contraem núpcias. Basta a união, basta a vontade de permanecerem juntos, a fidelidade, o amor e a procriação para acabar surgindo uma nova família, naturalmente, sem quaisquer formalidades. Isso é um fato constatado no dia a dia e há um imenso número de famílias que, hoje em dia, nos centros urbanos se formam dessa maneira e que estão no mesmo pé de igualdade, como pretendemos demonstrar, das famílias outrora denominadas de famílias legítimas, aquelas oriundas do casamento.

Um outro conceito que gostaria de lembrar no momento é o da sociedade de fato, que surgiu entre nós há algumas décadas, fruto do trabalho dos tribunais, da jurisprudência dos precatórios e é uma realidade que existiu e que ainda existe, mas que, certamente, sofreu e sofrerá transformações, sobretudo em face das modificações constitucionais da nossa carta magna de 1988.

A propósito, lirei alguns trechos de um voto meu no Superior Tribunal de Justiça, que está publicado no Curso de Direito Civil Brasileiro do Dr. professor Arnold Wald. A respeito de união e de sociedade de fato, ele publicou um Acórdão da terceira turma. Acórdão em que meu voto não prevaleceu no sentido do conhecimento, mas no final das contas a decisão do Tribunal, de não conhecer do recurso especial, acabou redundando na confirmação do Acórdão do tribunal local.

Naquele voto foi oportuno se traçar

um perfil da evolução da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que acabou se estratificando na conhecida Súmula 380, de nossa Corte máxima. Disse eu naquela oportunidade o seguinte: "Estou convicto de que nesta Corte causas como esta, que envolve a aplicação da Súmula 380, certamente hão de exigir maiores reflexões sobre a sua manutenção ou não, considerando principalmente as avançadas idéias a respeito da família, traduzidas no verbo da nova Constituição da República, de certa forma, fiel é realidade social brasileira. O curioso é que sob a perspectiva histórica da evolução da Jurisprudência do Supremo, constata-se que o surgimento da Súmula 380, também decorreu de repercussões sociais, direcionadas para o encontro de soluções pelos nossos tribunais".

Transcrevo em seguida, trecho de um voto do ministro Cordeiro Guerra, que, experiente como é, acabou revelando em voto no julgamento do recurso extraordinário 85.891, como surgiu esta Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da sociedade de fato. Dizia ele: "regime italiano só dá absoluta separação de bens no fim da vida, os imigrantes que tinham construído juntos a própria fortuna, vieram juntos para trabalhar na colheita do café em São Paulo, ou mesmo nas pequenas indústrias domésticas e, no fim da vida, ficava um viúvo cansado ou a velha desamparada porque todos os recursos iriam para os genros, as noras ou os filhos. Então a Jurisprudência paulista cogitou um meio de evitar essa enormidade e inventou que eles tinham criado uma sociedade de fato", são palavras do ministro Cordeiro Guerra.

Não foi para beneficiar concubinos, eles eram casados, só que eram casados num regime de absoluta separação de bens. Foi para proteger o patrimônio, os cônjuges no regime de separação legal de bens. Depois dessa orientação é que se passou a estender essa mesma Jurisprudência para aqueles casos também dos casados pelo regime simplesmente religioso. Então, comprovado que no interior não havia o casamento civil, estenderam esse princípio da sociedade de fato àqueles casamentos religiosos.

Depois veio a terceira fase. Como não havia divórcio no País, foi-se admitindo

que quando os desquitados começaram a viver "mori uxori", e construíram juntos um patrimônio, então se admitiu a dissolução do patrimônio conquistado pelo esforço comum. Mas quando o concubino decorria apenas das relações de afeto, aí não se dava a disciplina legal da comunhão de bens, (Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 89, Página 181). Quem fazia esta restrição final aqui, ainda era o ministro Cordeiro Guerra.

Continuando a exposição, na doutrina são conhecidas várias teorias que se referem aos direitos dos concubinos, inclusive em relação a terceiros. Teoria da aparência, (aparência de casados), da obrigação natural, (obrigação das pessoas que se ajudaram mutuamente) do enriquecimento sem causa, (de um ou outro companheiro ajudar o outro a enriquecer), da finalidade social, da equidade, da culpa comum, da participação de serviços, merecendo ser evidenciada a teoria da sociedade de fato.

A sociedade de fato que surgiu na Jurisprudência francesa e no Brasil e finalmente foi consagrada pela Súmula 380 do Supremo, por ela, a comunhão de interesses, que através do esforço comum, une os concubinos, gera direitos e obrigações. Então o Supremo acabou elaborando aquele verbete assim redigido - comprovada a existência da sociedade de fato, entre concubinos, é cabível a sua dissolução parcial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum - e por esforço comum acabou prevalecendo no Supremo Tribunal Federal aquela corrente que entendia que esse esforço não era mera companhia, não era presença do companheiro, mas de fato uma contribuição material, em dinheiro ou em trabalho de ambos os companheiros, embora mesmo antes da Constituição de 1988, já existissem alguns que entendiam que bastava a simples companhia, bastava a simples composição do par, para que a fortuna adquirida por ambos durante a constância daquela união, fosse partilhada entre os dois.

Acabei concluindo meu voto, lembrando que o ministro Leitão de Abreu se posicionou favoravelmente à presunção da sociedade de fato, quando provada a vida "mori uxori", admitindo em consequência, o Direito de partilha dos bens adquiridos durante o concubinato,

independentemente da prova o esforço comum. O voto do ministro Leitão de Abreu, pode ser encontrado na Revista dos Tribunais, Volume 540, Página 219.

Finalmente, disse, cabe registrar com o objetivo de completar a análise da evolução da Jurisprudência, que, para os efeitos da Súmula 380, pacificou-se no Supremo, o reconhecimento da necessidade de serem os concubinos, desimpedidos, evitando-se a dupla vinculação. Tal está dito em Acórdão relatado pelo eminente ministro Francisco Rezek, no RE 103.775. Então disse eu, no caso dos autos, a sentença de folhas julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que, para se reconhecer a qualidade de sócio no concubinato, não basta a existência da vida marital.

A Autora, ao prestar depoimento pessoal, declarou que durante o período de seu concubinato, nunca exerceu qualquer atividade lucrativa, trabalhando fora do lar, consistindo a sua colaboração com o concubino, em lhe dar assistência e apoio.

O relator do Acórdão modificador da sentença fundamentou o seu voto nesses termos: há dois fatos em controvérsia nos autos. O primeiro é a existência do concubinato "mori uxori", isto é, a autora e o seu companheiro viveram juntos cerca de 11 anos, e o segundo é a inexistência de bens a partilhar, no desquite amigável, na separação consensual, anterior, do mesmo companheiro e de sua ex-mulher.

Assim é também fora de dúvida que os bens existentes quando do falecimento do companheiro, foram por eles adquiridos durante o concubinato. A autora deu ao relacionamento de ambos os melhores anos de sua vida, contraindo matrimônio boliviano - eles casaram na Bolívia - sendo que no que diz respeito aos bens imóveis, as aquisições se deram em anos em que eles conviviam.

Então em face dessas considerações o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acabou julgando procedente o pedido de partilha dos bens, neste caso, e eu que fui o relator no recurso especial, admiti que havia, no caso, um dissídio com a Súmula 380, porque a Súmula entende que o Direito à partilha tinha que ser gerado do esforço comum, de um esforço patrimonial comum e, no caso, ocorreu o que se pode chamar,

apenas, de companheirato. E conhecendo, eu negava provimento ao recurso para manter a decisão do Rio de Janeiro que julgou procedente a relação de partilha.

Isso foi em agosto de 1990. Talvez tenha sido um dos primeiros casos a chegar no Superior Tribunal de Justiça. Tive a acompanhar-me o voto do eminente ministro Gueiros Leite que era o presidente da turma, mas os outros três colegas preferiram simplesmente não conhecer do recurso, por entender que não se achava comprovado o dissídio e, com isso, a decisão foi mantida, mas a questão em si não foi enfrentada como eu achava que devia ser de fato debatida, em face do evidente dissídio.

Em outras oportunidades isso já foi superado e a posição do Superior já não é esta, tão tímida, talvez, revelada na época. A posição atual é mais atenta à realidade presente.

Um outro conceito que precisa ser analisado é o de entidade familiar. O que é entidade familiar? A entidade familiar surge na Constituição no seu artigo 226, como todos sabem. Curioso lembrar é que as constituições anteriores falavam que a família surge do casamento, assim dizia a Constituição de 46 e a Emenda de 69 à Constituição de 67. Mas a Constituição de 88 não trata de família constituída pelo casamento. A Constituição de 88 não quis se envolver nessa questão da origem ou do surgimento da família, ela é omissa a respeito disso, no que fez muito bem, e simplesmente diz que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Assim está redigido o "caput" do Artigo 226 e é neste Artigo que nós vamos encontrar a expressão "entidade familiar" assim como aquela outra que nos interessa basicamente, que é a "união estável".

Por entidade familiar dizem alguns autores que não passa de um eufemismo. O que é entidade familiar? É a reunião, um grupamento de pessoas, ligadas por laços de afeto ou por consangüinidade, por adoção. Qualquer um desses vínculos forma a família e o que é a entidade familiar, senão a própria família? Parece que isto está claro, inclusive quando no Parágrafo 4º a Constituição dispõe que se entende também como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Então imaginemos uma família constituída pelo casamento, o casamento deixa de existir pelo falecimento de algum dos cônjuges, mas permanecem vivos e sob o mesmo teto, um dos pais como diz o Parágrafo 4º e seus filhos. Pelo fato de ter acabado o casamento, com a morte de um dos cônjuges, deixou de haver família? Deixou de existir a entidade familiar? Não me parece apropriada essa distinção, eu não encontro razões para dizer que até então era família e depois disso passou a ser entidade familiar. Evidentemente o constituinte não se lembrou disso, quando ele falou em entidade familiar - entende-se também por entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes - quis chamar de entidade familiar aquele grupamento formado por um pai ou uma mãe divorciados e seus filhos, parece que é isso que ele quis chamar de entidade familiar, mas não faz diferença, porque o divórcio é um processo legal também pelo qual se acaba com o casamento e, por isto, não vejo razão nenhuma para que uma família, então existente, passe a ser uma entidade familiar.

Na verdade o que há é o mesmo grupamento, na falta eventual de uma pessoa, por morte ou por separação, pois o que importa, do ponto de vista social, é o grupamento que é o mesmo, disso não tenho a menor sombra de dúvida. Assim também aquele formado por andrógino, por homem e mulher, que se unem fora do casamento, que se unem livremente. Não vejo razão nenhuma para fazer distinções e estou com os autores a entender que a Constituição não quis usar a expressão - família não constituída pelo casamento, ou família de fato, que seria a expressão mais simples e que corresponde, na realidade, à expressão união estável. Simplesmente isto, a Constituição preferiu usar o eufemismo - a entidade familiar - mas, na verdade, é a mesma família.

Fixado esses conceitos, lembro apenas que a expressão - união estável - não é novidade em nosso Direito. A doutrina Orlando Gomes, Álvaro Vilça, dentre outras, falam em união estável e no Direito Comparado, inclusive no Direito Constitucional, por uma coincidência que ainda não tive o cuidado de estudar e descobrir, sobretudo em países latino-

americanos, várias constituições já tratavam do assunto e usavam essa terminologia, como por exemplo a Constituição de Cuba, que tratava da união matrimonial estável e várias outras, que denominavam essas uniões de - união com estabilidade, de união de fato, de união de fato estável. Não conheço constituições de países do Norte ou da Europa que tratem da matéria, mas é evidente que também o número de famílias não constituídas pelo casamento é grande nos Estados Unidos.

Em noticiários de jornais, recentemente, tive notícia de pesquisa feita nos Estados Unidos onde se constatou um grande número de famílias unidas apenas pelo afeto, apenas pelo amor. Então não é novidade, a expressão e o constituinte fez bem em usá-la em substituição ao concubinato, porque este tinha uma concepção um tanto quanto depreciativa, que já vinha sendo substituída pelo companheirato e até por outras expressões - família de fato - que melhor expressavam o significado daquele grupo de pessoas.

Um autor nordestino, Paulo Luiz Neto Lobo, num trabalho publicado com outros autores sob a coordenação do civilista Carlos Alberto Bittar, lembra que a Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela ONU em 1948, já dispunha "a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado". Desse dispositivo, diz ele, defluem as seguintes conclusões. A família não é só aquela constituída pelo casamento - família legítima - tendo o direito a todas as formas de manifestação social estáveis. A família não é célula do Estado, da sociedade política, mas da sociedade civil, não podendo o Estado tratá-la como parte sua, os espaços de cada qual devem ser delimitados.

Após essas considerações, passo ao problema da auto-aplicabilidade do Artigo 226 da Lei Maior. A questão que vem sendo debatida frequentemente nos tribunais, no campo da doutrina e, para muitos, inclusive no Judiciário, este artigo depende totalmente de regulamentação. Parece que para estabelecer que para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, tem-se um princípio, uma premissa que não pode

deixar de ser observada nem depende de regulamentação.

É claro que o legislador necessariamente não poderá deixar fora da proteção do Estado a família assim constituída, sob pena de fazer lei inconstitucional. É claro, também, que o aplicador do Direito, não falo no aplicador da lei, mas no aplicador do Direito, o juiz, também não pode esquecer essa realidade e não pode deixar de dar proteção e não pode deixar de aplicar dispositivos pertinentes à proteção da família diante de situação dessa natureza. Diante de situação fática dessa espécie dir-se-ia - não há um prazo estabelecido na lei para que se declare a união estável - é verdade, não existe, mas a construção jurisprudencial é de tal intensidade, é de tamanha vastidão, que basta ver, basta ler o que a Jurisprudência diz, o que a legislação pertinente ao Direito Tributário, a legislação previdenciária, o que a legislação dispõe sobre o assunto, para se chegar a uma conclusão de que é muito fácil dizer-se, afirmar-se, que cinco anos de união é um tempo mais do que razoável para se entender como a reveladora de uma união estável.

Isso não quer dizer que o legislador deva fixar esse prazo, o legislador pode fixar um prazo menor, de dois ou três anos, conforme entenda e ache que esse seja o bastante, o razoável, para caracterizar a consolidação dessa união. Mas enquanto esta lei não chegar, as fontes do Direito, da doutrina, a fonte oriunda de Jurisprudência é bastante para orientar a nós juízes e nos permitir dizer que este prazo com aparência de casamento, sobretudo em face do surgimento de prole em prazo inferior, é suficiente para evidenciar a existência de uma união estável.

Por outro lado, a única coisa que a Constituição deixou pendente foi a conversão, a conversão sim, está claro que a Constituição diz - devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, devendo a lei facilitar, devendo a lei tornar fácil, devendo a lei não criar dificuldades, não opor resistências, enfim, criar um mecanismo o mais simples possível para essa conversão. Que mecanismo é este? Dizem os estudiosos que existem mecanismos judiciais e existem mecanismos meramente administrativos,

talvez em face do comando constitucional, se deva criar um sistema de conversão administrativo, fácil, que permita a companheiros chegar no registro civil, fazer uma declaração e converter a união em casamento.

Poder-se-ia argumentar, mas estão acabando com a solenidade do casamento. Mas isso é uma conversão, poder-se-ia até se quiser, manter a mesma solenidade, não há maiores dificuldades para isso, afinal de contas. Mas exponho notícia de como o Supremo Tribunal de Justiça vem encarando alguns problemas que lhe são submetidos.

Trouxe alguns acórdãos e vou apenas ler a ementa que por si já retrata a posição tomada. Algumas são de recursos anteriores à Constituição, que estavam hibernando no Supremo Tribunal Federal e cujos recursos extraordinários foram convalidados em recursos especiais.

O primeiro é um recurso antigo, da quarta turma da lavra do ministro Fontes de Alencar, unânime com a seguinte ementa: não ofende o Artigo 1719, 3º do Código Civil o Acórdão que tendo admitido o companheirato, reconheceu a presunção do esforço comum, na aquisição do imóvel, pouco importando que a companheira, obreira, sem empregada (sem empregada doméstica) não exercesse ao tempo da sua aquisição, trabalho remunerado. Este o ponto de vista da quarta turma.

Melhor explicitado, da mesma quarta turma, tem um Acórdão de que foi relator o ministro Salvo de Figueiredo, onde ele diz o seguinte: Direito e Processo Civil - Concubinato - União Estável Cautelar. Afastamento coercitivo do concubino do lar. Cautelar inominada. Admissibilidade. Condições da ação. Apreciação de Ofício em recurso conhecido e provido. Em face do novo sistema constitucional, que além dos princípios da igualdade jurídica dos cônjuges e dos filhos, prestigia a união estável como entidade familiar - vejam bem, a condição para se atingir a união estável como entidade familiar - protegendo-a expressamente, não pode o judiciário negar aos que a constituem, os instrumentos processuais que o ordenamento legal contempla. A cautelar inominada apresenta-se hábil para determinar o afastamento do concubino do imóvel da sua companheira quando

ocorrentes os seus pressupostos. Não sei nem qual é a ação principal que seria proposta, até fiquei curioso. A esse Acórdão parece-me que, genericamente, apenas a autora da cautelar falou em caber-lhe o direito de dissolver a sociedade de fato, por eles mantida. Parece que esse seria o fundamento direto da ação principal futura.

Outra decisão, esta da minha turma, da terceira turma. Relator, o eminente ministro Eduardo Ribeiro. Diz ele: Sociedade de Fato, Concubinato - é ainda, Acórdão em que se enfrentou a questão é luz da Súmula 380 - Acórdão que reconhece contribuição indireta para a formação do patrimônio, o que é admissível. Essa decisão é unânime. Possibilidade de atribuir-se à autora menos do que ameação, em vista da importância menor de sua contribuição. Isso às vezes acontece pela impossibilidade que temos de rever o Acórdão, em vista de se tratar de uma matéria de fato. O especial é um recurso de direito, não é um recurso de matéria de fato, e assim examinamos a tese, mas deixamos a matéria de fato conforme ela foi decidida pelo tribunal, por absoluta impossibilidade de conhecermos e enfrentarmos a questão.

Tem uma outra questão do Rio de Janeiro, Recurso nº 483. Mas esse outro aqui também é sobre contribuição indireta, é outro relator, Nilson Naves, sociedade de fato entre concubinos. Contribuição indireta para formação de patrimônio do casal. Dissolução judicial da sociedade com partilha. Inexistência de dissídio com a Súmula 380.

Finalmente, temos a leitura do recurso especial nº 13785, do Paraná, da quarta turma, em que o relator, o eminente ministro Atos Carneiro, diz o seguinte: em sede doutrinária são muito ponderáveis os argumentos no sentido de que o concubinato por longos anos, convivência "mori uxori", proclamada a efetiva colaboração da companheira na formação do patrimônio, conduzirá ao reconhecimento de fato, e em tese a partilha dos bens, considerando-se irrelevante o fato do companheiro ser legalmente casado sob o regime de comunhão. Já enfrentamos esse problema também na terceira turma e consideramos irrelevante a questão admitindo a partilha de bens entre concubinos. Temos, portanto, duas decisões

uma, na terceira e, outra, na quarta turma.

ADVOGADO PAULO LINS E SILVA

Agora que está textualmente escrito na Constituição o Poder Judicial deve aplicar a lei e não ficar como antes da Carta Magna, quando não existia a lei, se decidia de uma forma liberal com base em princípios jurisprudenciais, em princípios da Súmula 380, em bases bem humanitárias.

Lembremos o adágio espanhol - *hay ley, soy contra* - quando não existia a lei se aplicavam proteções subjetivas ao concubinato. Agora que existe a lei, insistem em manter o concubinato na apreciação da Jurisdição Cível e não em sua casa, no campo do Direito de Família, na jurisdição especial onde são apreciados os aspectos do casamento.

Iniciando a exposição, cito uma parte do livro *o Concubinato no Direito Brasileiro*, do Desembargador Edgard Moura Bittencourt, quando ele fala sobre a família, tendo utilizado uma expressão muito feliz: “A família é um fato natural, não a cria o homem, mas a natureza. Que vê quando um homem e uma mulher reunidas debaixo do mesmo teto, em volta de um pequeno ser que é o fruto do vosso amor? Vê uma família. Passou por ali um juiz com sua lei, ou o padre com o seu sacramento? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural”.

Vamos fazer um prolongamento histórico. Como é que se comportou o concubinato no Brasil? Temos um Código Civil de 1916, da lavra de Clovis Beviláqua, promulgado numa fase em que havia uma forte pressão ainda com aqueles aspectos culturais europeus, trazidos pelo Direito Feudal do século XVIII, e outros matizes culturais também contributivos, do Direito Canônico, do Romano, que construíram em 1804 o Direito Napoleônico e no início do século atual o Código Civil Alemão. Tínhamos, então que elaborar um Código Civil e dentro desse compêndio, por uma questão tradicional, seguindo os rituais do Velho Mundo, colocar o Direito de Família, dentro do Código Civil. E se criou uma legislação de família, conforme a própria expressão do professor Bittar, mais preocupada com os aspectos patrimoniais

do que com os aspectos pessoais.

Esse Direito de Família fechado, machista, patriarcal, começou a expressar a inviabilidade de um novo casamento onde respaldado no texto da lei civil, o casamento era indissolúvel, sendo tal aspecto redundado nas Constituições até 1969, somente sendo retirado na Emenda Constitucional nº 9 de junho de 1977.

Como se comportava a sociedade nas primeiras décadas do século, em 1916 e até 1950? A mulher sempre discriminada! De forma objetiva os costumes determinavam que era mais ético continuar mal casada do que enfrentar o “status” de “desquitada”. O homem tinha uma total liberdade de vida, constituindo relações extra-conjugais, mantendo sociedades concubinárias adúlteras.

Mas, o casamento era mantido! Ouvia-se comumente a frase: - “Não dou o desquite!”. Podia até mesmo o marido lutar para a obtenção separatória, mas não lhe dava guarida o texto civil, porque os princípios dos artigos 317 e 318, explicitavam determinados motivos que só o ofendido poderia mobilizá-lo e geralmente era o ofensor que tomava as iniciativas visando a separação, pois não interessava para a mulher de uma forma ou de outra se tornar uma “desquitada”. E, nesta fase de 30, 40 e 50 até mesmo no início da década de 60, tinha uma conotação muito crítica a qualificação de “desquitada”. Era mulher fácil, todas tinham vergonha de expressar seu estado civil, que as prejudicava inclusive profissional e socialmente.

Vamos alcançar a década de 60, importante fase para o Direito de Família. Nessa década começaram a bater nas portas do Poder Judiciário um cem número de problemas advindos de sociedades concubinárias que estavam se dissolvendo ou por iniciativa dele ou dela, uma iniciativa natural, ou mesmo por morte. Ele havia constituído um patrimônio em nome de sua companheira, porque sua mulher estava internada em alguma Casa de Saúde especializada para doentes mentais ele não podia se desquite, pois vedava a legislação.

Outras situações de separação de fato já existiam nesta fase, onde as partes não manifestavam interesse em consolidar formalmente o desquite, em decorrência dos mesmos aspectos éticos e críticos de

discriminação social, que ainda existiam nessa fase de 60. O Poder Judiciário, começa a receber para apreciação, matérias concubinárias e com olhos bem humanos começa a pender, para assegurar direitos, conceder aspectos indenizatórios, dar participação meeira ou em percentuais menos acentuados, à contribuição feminina, quando ocorriam as dissoluções de sociedades de fato. Aos poucos os recursos foram alcançando a Suprema Corte, valendo enaltecermos a contribuição do então ministro Victor Nunes Leal, quando nessa mesma década de 60, já consolidava a jurisprudência habitual do Supremo, com a Súmula 380, onde se reconhecendo a sociedade de fato entre concubinos, era admitida a divisão do patrimônio auferido com esforço comum.

Estamos em 1963, e vemos uma Corte Suprema, reconhecendo através de Súmula, direitos ao concubinato. Já na década de 70, quando através da Lei 6.015/73, a Lei de Registros Públicos, autoriza o homem ceder o direito à utilização de seu patronímico, nos registros de nascimento de sua companheira, quando tivessem mais de cinco anos de vida em comum, ou se filhos nascessem antes de tal período. De forma objetiva se reconhecia o concubinato, já portanto protegido por jurisprudência (Súmula 380) e por lei.

Enquanto isso, um número representativo de famílias de fato, batia nas portas do Poder Judiciário, notadamente na Justiça Federal, com o objetivo de através de medidas cautelares de produção antecipada de provas ou justificação prévia, materializavam com respaldo do Poder Judiciário, as provas necessárias para habilitar a companheira, nos benefícios, sejam previdenciários, de pecúlios, assistência ou pensões militares e civis, junto à função pública que exercia.

Era mais seguro se cultivar ou manter uma sociedade concubinária, com um relacionamento “*more uxorio*”, do que se casar pelo regime da separação de bens. A mulher estava melhor amparada na situação de fato que na de direito, em tal aspecto. Havia o Judiciário e o Legislativo, através da Lei 6.015/73, dando respaldo.

Nessa década de 70, pesquisas já demonstravam que metade da população brasileira, era advinda de sociedades concubinárias. Além de todos os aspectos

supra enunciados, já havia a possibilidade de serem realizados “casamentos” através de escrituras públicas formalizadas em Cartórios de Ofício de Notas, cujas cláusulas contratuais, eram idênticas as que regem o casamento, com aspectos dos incisos do artigo 231 do Código Civil. Os padrinhos figuravam como testemunhas e o Tabelião ou Escrevente Juramentado, se revestiam simbolicamente da função de Juiz de Paz, lendo em voz alta o “contrato”.

Estávamos na metade da década de 70, em pleno regime militar, sob a presidência do General Ernesto Geisel, homem de origem protestante luterana, cuja filosofia religiosa admitia o divórcio.

Entre os militares um descontentamento crescente, motivado por um critério de promoção, considerado aéctico por muitos. Os maus casados eram promovidos, chegando ao generalato e até mesmo à Presidência da República, enquanto os desquitados, eram preteridos nas suas justas promoções, mal chegando à coronel.

Uma espécie de revolta, desses que sentiram na pele a discriminação nas forças armadas, foi motivo de influência junto ao Poder Executivo.

Todos esses fatos sociais, legislação, jurisprudência, estavam enfraquecendo a estabilização da indissolubilidade do matrimônio.

O senador Nelson Carneiro, lutador desde a década de 50 no Poder Legislativo, para a introdução do divórcio em nosso ordenamento jurídico, com apoio dessa área atingida de discriminados militares e de uma gama imensa de desquitados com novas “famílias” já constituídas, consegue junto com o senador Accioly Filho, fazer passar a Emenda Constitucional nº 9 de 28.06.77, num momento histórico para o Direito de Família Brasileiro.

Nesta época uma intensa pressão contrária à aprovação era também eclodida por setores tradicionais da Igreja e por associações privadas como a “Tradição, Família e Propriedade” que organizaram passeatas de protesto, com “slogans” protetitos à família constituída pelo casamento e sua indissolubilidade dogmática advinda dos princípios do Código Canônico e que adormeciam em nosso Código Civil desde 1916 e era mantido em todas as Cartas Magnas de

nossa pátria desde a Primeira República.

Vou enfocar uma experiência pessoal, que vivenciei em 1975, quando fui convidado para participar de um simpósio em Luxemburgo, sobre o título de “A Reforma do Direito de Família na Europa”. Após a realização oficial desse evento, onde participaram inúmeros estudiosos do Direito de Família, europeus, tive a oportunidade no último dia de falar para meus pares, idealizando expor tal experiência vivida pelo Brasil, antes da Lei do Divórcio. Enfoquei com ênfase, que nosso país, embora tivesse a vedação no texto constitucional e na lei civil do divórcio vincular, era ele socialmente admitido, pelo Poder Judiciário, através da Súmula 380 da Suprema Corte e decisões constantes de nossos Tribunais Estaduais, além de possuímos assomando legislação que permitia o uso de nome comum entre os concubinos, e outros aspectos no Direito Previdenciário, também amparava bem, num lado extenso humano a proteção a tal tipo de sociedade entre um homem e uma mulher sem a formalidade do casamento. Recordo bem que um dos presentes, o advogado, Maître Vogel, no final de minha exposição, disse que esses problemas eram comuns em países do terceiro mundo, africanos e que em seu país, o concubinato era crime e não recebia qualquer amparo do Estado, ao contrário, uma união de duas pessoas sem o casamento, trazia implicações amorais e conseqüências penais. Redundou mais adiante que na Europa, berço da cultura universal, não molestava tal instituição com revestimento promíscuo. Qual não foi minha surpresa, quando em 1979, quatro anos após, convidado, para participar do III Congresso Mundial da Sociedade Internacional de Direito de Família, que estava sendo realizado na cidade de Uppsala, na Suécia, o tema básico de tal Simpósio fora: “O casamento sem formalidades e suas conseqüências para o Direito”. O mundo europeu dispendendo fortunas para a realização de um Congresso sob tal temática. Mais surpreso ainda fiquei, quando na sala em que expunha o trabalho que levei, entitulado “Indenizações e Alimentos nas Sociedades de Fato” deparo ao fundo com a figura do colega luxemburgue, e, aproveitando a ocasião, disse que estava atônito com a situação

social européia que alarmada estava com o crescente número de sociedades concubinárias, até então “doença” dos países subdesenvolvidos.

Enfim, o que vem ocorrendo desde o evento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), para cá? Com a promulgação dessa lei o legislador havia autorizado a realização do divórcio àqueles que apresentassem prova de uma separação de fato distante de mais de cinco anos iniciada antes do evento da Emenda Constitucional nº 9 (28.06.77), o chamado “divórcio remédio” ou após três anos de separado judicialmente, abolindo a terminologia jurídica “desquite” já tão culturalmente identificada no país e estabelecendo apenas a possibilidade de um divórcio por cidadão. O referido “divórcio remédio” veio atender principalmente à casta militar, que eugenizou a situação conjugal, divorciando e adquirindo com a nova união o “status” de casados, e, com isso, possibilitando suas naturais promoções na carreira e os demais pedidos de conversão de separação judicial em divórcio, começaram a ser utilizados.

O que ocorreu entre 1977 e 1988?

O receio de que o divórcio aniquilaria a família brasileira não ocorreu, pelo contrário, civilizadamente foi tal instituto buscado como remédio para as doenças conjugais. Mas outro fenômeno, veio a ressurgir. O concubinato dos que vieram a se separar após nova união constituída após obtido o divórcio, e a discutida situação daqueles que se casavam com pessoas divorciadas e por tal motivo alguns tribunais brasileiros, entendiam que estavam igualmente impedidas da obtenção do divórcio.

Já com tantas fontes formais, advindas da experiência da própria Lei do Divórcio, a Lei de Registros Públicos (6.015/73), os fatores sociais do crescimento do número de novos separados impedidos de regularizar novas famílias de fato constituídas e mais ainda o aspecto do custo elevado dos casamentos, que incentiva a opção pela vida a dois sem formalidades, no interior pobre do país, esses fatores levaram sabiamente o legislador constitucional a amoldar a realidade da família brasileira,

reconhecendo de forma clara e objetiva, não pairando dúvida de que o Estado protegerá a família constituída pelo casamento e a união estável, terminologia nova adotada pela Constituição para conceituar o tão falado concubinato.

E dentro dessa própria Constituição que tem como característica básica o princípio da isonomia e da não-discriminação entre o homem e a mulher, o marido e a esposa, os filhos, pouco importando a origem, se naturais, adulterinos, legítimos e ilegítimos, inalterando de forma clara o princípio de que "todos são iguais perante a lei", o legislador teve a nobreza de terminar com qualquer aspecto discriminatório da família, seguindo inclusive um princípio doutrinário já defendido por Orlando Gomes, em seu livro sobre o Direito de Família, que a "família" era constituída pelo casamento, pelo concubinato e pela adoção.

O legislador foi sábio, oportuno e resolveu terminar com o problema que tínhamos em nossa sociedade, que assegurava ao concubinato eventuais direitos, através da jurisprudência. Houve legislação, digo lei. Clara, como bem disse o ministro Cláudio Santos. Nós não temos dúvidas interpretativas. A própria expressão do comentário à Constituição de Pontes de Miranda, diz bem claro: "Quando alguma Constituição ou alguma lei entra em vigor, o que mais importa do que feri-la é interpretá-la conforme os princípios da civilização em que se tem de inserir e de ser aplicada".

E, o que estamos vendo no Poder Judiciário?

Volto à mesma tecla do início da exposição - quando não existia lei, o Poder Judiciário era liberal, concedia ao concubinato todos os direitos, na jurisdição cível, dentro de uma posição humana. E agora que existe a lei, nós continuamos no mesmo "status quo" como se não tivesse existido o evento do texto da nova Constituição.

Estamos diante de uma Lei Magna e não simplesmente de uma lei ordinária, que fora a de Registros Públicos, que em plena vigência do princípio da indissolubilidade matrimonial, legislava,

autorizando o uso do patronímico do companheiro.

Hoje, em termos brasileiros, somente o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, aplica o texto constitucional, e determina que a competência jurisdicional para a apreciação dos feitos envolvendo "uniões estáveis" devem ser discutidos nos Juízos Especializados de Família. Enquanto isso, estamos vendo a luta desesperada de nós advogados, magistrados, doutrinadores que reunidos em simpósios, congressos, envolvendo tal matéria, procuramos aclarar o mundo jurídico, de uma realidade não-absorvida pelo Poder Judiciário. No Rio de Janeiro, temos o desembargador Carlos Alberto Direito, aqui em São Paulo, temos quem considero hoje, o maior doutrinador vivo em Direito de Família, o desembargador Yussef Cahali, que segue parcialmente a mesma linha de pensamento aqui exposta.

Vamos aplicar o texto da lei constitucional em seu aspecto literal, sem essas restrições, sem esse conservadorismo excessivo, sem apor essa dificuldade do reconhecimento de uma união estável entre o homem e a mulher tão claro na norma magna.

Aqui não existe aquele aspecto de identificação de uma união estável homogênea, pois a Constituição foi clara quando diz "homem e mulher" considerada como entidade familiar, ou seja um casamento, sem formalidades.

Expressa ainda o termo "devendo" utilizada por Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, no sentido normatista, que "in casu" o legislador determina que se deve facilitar sua conversão em casamento.

É importante ressaltarmos que é o próprio Poder Judiciário que hoje tem entendido que o exíguo prazo de 30 dias estabelecido pela Lei 6.015/73, para a inscrição no Registro Civil do casamento realizado sob a forma religiosa, não deve ser mais aplicado, admitindo os registros fora de tal prazo, pois como determina a Constituição, deve a lei facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis e a perda de tal prazo, se estabilizaria outra relação "more uxorio". Atentem, é iniciativa do Poder Judiciário após o evento da promulgação da nova Carta Magna, que cria tal aspecto decisório, evitando

que se mantenham as partes sob regime concubinário, mas ao mesmo tempo não outorga à família de fato o direito de postular na Jurisdição competente das Varas de Famílias, os seus respectivos direitos. Nem mesmo se lembram que existem os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que expressamente outorga ao magistrado a utilização da analogia, costumes e princípios gerais do direito, diante da lei for omissa. Aqui não existe omissão, ao contrário clareza na expressão literal da lei e mesmo assim não é aplicada.

Mas vamos admitir que poderia existir qualquer omissão, está aí, quando a lei for omissa o juiz aplicará a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Falei em analogia. Reparem que os nossos Tribunais, no Brasil, dentro desse comportamento conservador, ainda não estão aplicando por analogia, quando existe uma Constituição expressamente ditando uma regra igual sem qualquer discriminação entre casamento e a união estável, os tribunais ainda estão aplicando, nas matérias envolvendo o concubinato, por analogia o Direito das Obrigações e não o Direito de Família. Isso é lamentável. Esse rigor interpretativo quando a lei claramente diz que não se pode mais discriminar o homem, mulher, marido, esposa, filhos e também por consequência lógica, a união estável, contida no mesmo capítulo constitucional que trata da família.

Essa decisão que enfrentei no Superior Tribunal de Justiça, muito me emocionou, porque defendia os interesses de sobrinhas e a matéria é linda. Um casal de 30 anos de vida em comum, vem a falecer a companheira que era simples "prestanome" dos negócios dele. Ela nunca tinha trabalhado. Passados 20 anos do óbito, os sobrinhas dela, ingressam em Juízo, pedindo o reconhecimento de uma sociedade de fato entre ela e o concubino supérstite, para que reconhecida a sociedade de fato, eles pudessem suceder nos bens por ela deixados naquela sociedade concubinária.

A luta que tive foi grande e árdua. Em primeiro grau, perdi, igualmente por unanimidade em segundo grau, indo a matéria para o Superior Tribunal de Justiça, onde lamentavelmente perdi no último voto, embora os ministros Cláudio Santos

e Eduardo Ribeiro, tenham acolhido minha tese.

O entendimento dessa matéria não foi o de se alicar o Direito de Família, ou seja o aspecto sucessório de que na ausência de descendentes e ascendentes, sucederia o cônjuge. Essa era a tese que defendia e sua natural aplicação análoga nas matérias envolvendo o concubinato. O concubino supérstite, justamente aquele que se esforçou para a constituição do patrimônio, deveria exclusivamente suceder.

Assim não entendeu por maioria, achando que a matéria de sociedade concubinária deveria ser regulada não pelo Direito das Sucessões, harmonizado com o Direito de Família, mas sim, friamente pelo Direito das Obrigações. Entenderam que eles formaram uma sociedade comercial, uma sociedade de fato, com aspectos meramente materiais, e, assim os sobrinhos que jamais contribuíram, para a formação de coisa alguma, herdaram. É isso que lamento como advogado, mas que continuo aqui lutando, gritando e falando nessas oportunidades, para que mobilizemos o Poder Judiciário, com a finalidade que ele se lembre que vige um texto e princípio Constitucional que está sendo inaplicado.

Há um verso maravilhoso de um poeta e jurista francês que viveu na Idade Média, LOYSEL, que diz: - "jouer, coucher, manger ensemble, c'est mariage se me semble". O concubinato é casamento, o concubinato é uma forma de vida em comum sob o mesmo teto, cujas regras são até mais formais diante de uma natural e psicológica insegurança que o casal de fato leva no seu dia a dia. Mas essa natural insegurança consolida de uma forma instintiva de evolução natural, que não empresta a formalidade do ato jurídico qualquer condição para discriminar de forma objetiva os direitos desse tipo de sociedade afetiva de convivência entre o homem e a mulher.

ADVOGADO ROBERTO ROSAS

Considero interessante a abordagem feita pelo Dr. Paulo Lins e Silva, baseada numa incursão histórica sobre o problema do Direito da família no Brasil, que explica muitas coisas, na verdade mais até do que

o histórico de outros institutos jurídicos ou de outras especialidades jurídicas.

Quando o Brasil foi descoberto, Portugal era regido pelas Ordenações Manuelinas que tinham uma estrutura própria, sobre o Direito português e especialmente sobre o Direito da família. Logo depois, de 1580 a 1640, houve a dominação espanhola sobre a Península Ibérica e Portugal ficou dominado pela Espanha e, conseqüentemente, o Brasil colonial e conseqüentemente, a incidência das Ordenações Filipinas e por isso houve uma transformação geral no Direito brasileiro nesse período, que se acentuou pela vida afora. Até hoje estamos sofrendo as conseqüências apesar da passagem dos séculos.

Se verificarem qual é a origem da família espanhola, a família regida pelas Ordenações Filipinas que vem para dominar o Brasil e dominam Portugal, ela é essencialmente de origem moura, de origem árabe e por isso, com uma conformação especial - que nós dizemos, no sentido machista - mas no sentido da dominação do homem, daquela idéia exclusiva sobre o homem sem que haja qualquer participação ou importância para a integração da mulher.

É interessante acentuarmos, porque isso fica e ficou na história do Direito da Família no Brasil e em Portugal, para afirmar que aqueles que vieram para o Brasil, os imigrantes, os colonizadores, vinham com aquela idéia de trazer uma família, ou eles vinham sozinhos e deixaram suas famílias em Portugal e por isso sempre preocupados com a solução de seu problema individual de homem e não do que ocorria em relação às suas famílias que ficavam em Portugal, com as suas mulheres e filhos.

É uma idéia que está acentuada inclusive por um dos grandes constitucionalistas portugueses, que é o professor Canotilho, nos comentários que ele faz à Constituição de Portugal no que trata do capítulo do Direito da Família, mostrando que especialmente a família portuguesa que tem uma conotação muito grande com a família brasileira, antes de mais nada ela tinha essa situação ou essa vicissitude do marido casado que saía para a imigração, para a colonização, e não voltava mais ou, quando voltava, já voltava velho, a maioria

constituía uma outra família, nos lugares onde ele ia, na África, no Brasil, enfim até na Ásia e, portanto, não tinha grande significado se a família estava ou não constituída pelo casamento, mas resolvia o problema dele.

Acentuou-se que essa denominação das Ordenações Filipinas veio até 1916 com o Código Civil que aboliu realmente as Ordenações no Brasil, ainda que pareça incrível como ela estivesse dominando, porque nós não tínhamos a partir da aceitação da ordenação espanhola na Península Ibérica, uma legislação que fosse alterar aquela ordenação das dominações filipinas. E isso se projetou no Brasil que não tinha uma legislação própria ainda que a Constituição de 1824 dissesse que teria que ser elaborado um Código Civil, nunca elaborado durante o império e só veio na República em 1902.

Nós tivemos em 1902 o projeto do Código Civil. É o grande momento de se estruturar aí a família brasileira e não se estruturou nada, apenas copiou ou o código português de 1867, que era incidentemente tudo isto que nós estamos falando aqui ou então copiou-se o código napoleônico de 1804 que, afinal de contas, é um código que estruturava a família em torno do homem.

Como ali se resolvia o problema do homem não interessava à mulher em relação aos filhos. Foi exatamente esse direito legislado que nós tivemos a partir de 1916.

Isso foi o que ocorreu essencialmente no Brasil e sempre aconteceu no Brasil. Isso é bem explicado num livro de Eduardo Espínola da década de 1940 sobre a família no Direito brasileiro, onde ele mostra num capítulo, talvez um dos primeiros a tratar do concubinato e enfrentar o concubinato. Não como se dizia antigamente há 40 ou 50 anos, que não se poderia prestigiar os concubinos porque estaríamos fraudando o instituto do casamento para a Constituição da família.

Eduardo Espínola mostrou que não era exatamente isso, não se prestigiava o concubinato como uma fraude ao casamento, mas sim a regularização das conseqüências e dos efeitos de uma relação homem e mulher, não derivado do casamento. Ele mostrava também há 50 anos, quais as causas do concubinato no

Brasil. Não somente a deliberação de duas pessoas querendo viver juntas. Primeiro, as pessoas pobres como já foi acentuado aqui pelo Dr. Paulo Lins e Silva que fogem das formalidades.

Mas ele está satisfeito, vai constituir família talvez até um patrimônio e independente de estar ou não aquilo assentado no registro civil. E isto identificado há 50 anos, onde as pessoas estavam incidindo numa grande parcela de concubinato, sem que soubessem que estavam no concubinato porque não interessava para eles. Se vai ter patrimônio, se vai pagar alimentos, isso é secundário numa relação entre pessoas mais modestas.

Então essa realidade brasileira que, como diz o Dr. Paulo, não está sendo visível ou pelo menos não está sendo apropriada por quem de direito a interpretação desses fatos sociais, essa realidade passou a ser entendida pelo jurista, especialmente pela Jurisprudência. E por incrível que pareça, nós temos a Súmula 380 de 1963, portanto há 30 anos. Isso é uma elaboração muito antiga no Supremo Tribunal, de talvez uns 20 anos atrás. Quer dizer, há 50 anos já se falava em sociedade de fato e possibilidade da partilha do patrimônio instituído em comum pelo esforço de ambos os concubinos.

Mas a Súmula 35 de 1963, que permite a indenização da morte - diz a Súmula - do amásio em acidente de transporte ou acidente de trabalho. Há uma outra Súmula que diz que não basta a convivência "more uxorio", quer dizer, "toram et mensam", como diziam os romanos de cama e mesa, para caracterizar o concubinato que é outra questão que vem se discutindo há muito tempo. Caracteriza o concubinato, o fato de que estão vivendo juntos, na mesma casa, no mesmo lugar, no mesmo ambiente, ou basta um relacionamento afetivo de compreensão, de união, mas sem que haja a coabitação? Esse era outro problema que a Súmula enfrentou há 30 anos dizendo não, não basta, não precisa a convivência "more uxorio" para caracterizar a existência do concubinato.

A legislação passou a entender também o companheiro ou companheira. A legislação do inquilinato, desde a Lei 1300 de 1950 já falava da possibilidade da continuação da locação pela companheira

ou aquela que vivia na dependência econômica do locatário. A Lei 4494 de 64, repetiu, e atualmente está dito isso com todas as letras. A legislação sobre o imposto de renda, tratando da companheira com quem vivia há mais de 5 anos, enfim, a legislação previdenciária todas vieram reconhecer essa situação que existia e, portanto, consolidando um fato social.

Então voltamos a Eduardo Espínola naquela caracterização que ele fez doutrinariamente. Não estão protegendo o concubinato, não estão desprezando o casamento, mas tratando de uma realidade social. A realidade social que tem que ser entendida, ela projeta efeitos jurídicos, patrimoniais e sociais que deverão ser abrangidos e isso é o que entendeu o Supremo Federal em 63, quando redigiu a Súmula 380. Mas aí apareceram outros problemas. Mas quando não existe um patrimônio que é constituído em comum, então a concubina não tem direito a nada? Uma empregada doméstica, uma empregada de uma casa pode até exigir o pagamento dos seus salários se eles não forem pagos. Depois que veio a lei da empregada doméstica mais ainda e a concubina que não tenha colaborado com esse patrimônio, ou não haja nenhum patrimônio nessa sociedade ela não vai receber nada, absolutamente? Menos que a empregada doméstica?

Houve uma "iluminação claríssima" entendendo que quando não houvesse patrimônio mas a concubina colaborou no serviço doméstico durante 30 ou 40 anos, ela teria direito à indenização dos serviços domésticos, como se fosse uma empregada. Então reduziram-na à situação de empregada e talvez com um cálculo aleatório com base no salário mínimo ou salário de empregada, multiplicando-o por tanto. Então menos ainda do que a empregada teria. Mas já foi um avanço meeiro entre a partilha do patrimônio em comum e a indenização dos serviços domésticos.

Ora, então chegamos a uma grande realidade que é essa do Artigo 226, parágrafo 3º da Constituição. A Constituição, muitas vezes, tem que ser lida de uma outra maneira, às vezes até de cabeça para baixo, como um sujeito lia no ônibus e alguém perguntou - mas o senhor lê de cabeça para baixo? Ele respondeu,

não, é que de cabeça para cima todo mundo lê, o importante é ler de cabeça para baixo - mas a Constituição a gente tem que reler ou dar uma outra forma àquilo que está dito, porque a Constituição está cheia de expressões que às vezes não se entende.

Eu estava vendo agora mesmo que é proibida a divulgação do tabaco. Alguém conhece no Brasil o que é tabaco? "Tobacco" é um anglicismo e nós sabemos que aqui quer dizer cigarro, mas ninguém fala que não pode fazer propaganda do tabaco, a grande massa brasileira não vai saber o que é isso, porque ninguém sabe o que é tabaco, sabe que é fumo e cigarro, que são coisas que todo mundo conhece. Mas está na Constituição que está proibida a divulgação do tabaco.

Uma Constituição que acabou com os territórios federais e tem dezessete normas sobre os territórios federais, então temos que estar atentos e com cautela. Então no Parágrafo 3º do Artigo 226, basta ler numa outra ordem mais lógica e vamos verificar que ele quer dizer o seguinte. A união estável é uma entidade familiar. Agora, para a proteção do Estado, qual é a proteção do Estado? O Estado vai dar alguma proteção? Proteção em relação à família em geral, não é? Mas se se está dizendo que a união estável é uma entidade familiar e o que interessa é a segunda parte da oração que é a conversão em casamento, mas não quer dizer que seja realmente em casamento.

Como a grande interpretação não é a interpretação gramatical de nenhum texto legislativo, muito menos a Constituição, é importante uma interpretação sistemática, juntamente com o Artigo 227 que diz - é dever da família assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à profissionalização - é um artigo que deve ter sido tirado da Constituição da Suécia - à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, ... familiar. Ora, então esse 227 só se dirige àquela família constituída pelo casamento? Ou quem é filho fora do casamento não tem direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, e tudo o que está dito aqui?

Então, na verdade, a Constituição quis realmente assentar e à união estável muito mais do que uma simples sociedade de fato, de caráter comercial. Eu vejo no

Acórdão do desembargador Peluso um aspecto muito interessante. Quando a Súmula 380 fala na sociedade de fato, quer dizer instituiu-se uma sociedade comercial de fato entre duas pessoas que se reúnem por esforços comuns, mas não estão estruturadas juridicamente, mas reúnem esforços e por isso constituem um patrimônio, constituem uma célula econômica para tirar resultados ou para obter resultados, ela não está, na verdade, com essa característica da sociedade comercial. Ninguém se une pelo companheirismo ou se une na sociedade de fato derivada da reunião de afeto, de sentimento, com a finalidade especulativa, de caráter patrimonial.

Então o homem e a mulher se unem numa união estável, com características de obter resultados patrimoniais. Vamos nos unir, ela vai trabalhar numa determinada atividade e eu vou trabalhar na outra e vamos obter aqui uma vantagem como se fosse de caráter especulativo, econômico, como nessa altura teriam uma declaração de imposto de renda em comum, para aqueles benefícios que são obtidos daquela sociedade.

A sociedade comercial de fato que é longamente estudada pelos comercialistas tem uma outra natureza, quer dizer, o prius da sociedade comercial de fato é diferente do prius da sociedade que se constitui entre duas pessoas, porque o que há nisso aí é uma afeição, não é aquela "affectio societatis" que tem a sociedade comercial, porque a "affectio societatis" da sociedade comercial ela é, antes de mais nada, patrimonial, especulativa, ela é negócios que se estabelecem dentro daquela sociedade, seja porque há um liame jurídico ou legal ou seja porque há uma vontade que se une de duas pessoas para o estabelecimento de uma determinada sociedade.

Então quando se fala, portanto, na sociedade que se constituiu aquilo, é preciso se desprezar aquilo para dar uma conotação de sociedade comercial, e aí estaríamos voltando às ordenações filipinas. O homem e a mulher se unem, constituem uma casa, um lar, têm filhos, têm patrimônio, vão viver 20 ou 30 anos e isso tudo é um negócio que fizeram para obter um numerário ou para obter um patrimônio. Essa é uma interpretação que

parece ser feita por pessoas que realmente não têm sentimento ou pelo menos não leram a respeito de sentimento, de amor ou de afeição entre duas pessoas, um homem e uma mulher.

O que a Constituição, na verdade, deu mais e tem que ser interpretada como uma união estável com caráter de ordem familiar foi exatamente para superar essa concepção de que a sociedade de fato aqui, é uma sociedade de caráter comercial, civil, uma sociedade civil entre pessoas com uma finalidade que não seja comercial, mas civil para fins de uma determinada atividade científica, filantrópica ou social mas aqui, como a outra, característica totalmente diferente.

Para ficar consoante com os meus eminentes colegas que me antecederam, na verdade temos que chegar ao 226 como um grande avanço em matéria da união de pessoas que não estão ligadas pelo casamento. E tudo aquilo que se diz e aí eu vejo até com tristeza os acórdãos frisando que a dissolução da sociedade de fato, de concubinos, é uma sociedade comercial então ela deve ser proposta na Vara Cível, como se fosse um negócio entre o Joaquim e o Manoel que resolvem estabelecer na esquina um negócio para vender laranjas, camarão, vender canetas, vender determinados objetos. Isso tem características patrimonial, o Joaquim e o Manoel se unem para fabricar ali na esquina, não têm nenhuma afeição amorosa.

Lembro-me da Faculdade de Direito no Rio de Janeiro, havia um concurso para catedrático e o examinador que veio de São Paulo disse ao candidato - senhor candidato, o senhor me decepcionou profundamente, eu que tinha tanto apreço por V.Sa. estou decepcionado com a tese que V.Sa. me apresenta. Aí o candidato ficou nervoso e disse - mas eu tenho uma grande afeição física por V.Excia. Também não chega a esse ponto. Quer dizer, entre o Manoel e o Joaquim há afeição, mas não é afeição de coração, ou do sentimentos.

Apenas aquilo que se disse na doutrina de que a proteção aos efeitos do concubinato, do companheirismo serviam - à compreensão desses efeitos - para evitar o concubinato e

estimular o casamento, já se disse isso na doutrina há 40 anos. Hoje estamos voltando ao contrário, a união estável e as consequências da união estável não favorecem, não facilitam, não dão nenhum interesse para que alguém viva em concubinato ou fuja do casamento, como uma fuga para os deveres sociais derivados do casamento.

Um grande amigo meu, grande empresário aqui de São Paulo, anunciou o seu quarto casamento e aí ficou todo mundo estupefato. Ele nos disse, não, eu fiz um levantamento - e cheguei à conclusão de que é muito melhor casar do que viver em concubinato. Hoje tem a tal da solução da sociedade de fato e eu que sou rico, já caso com a separação parcial, então esse patrimônio que estou levando ela não vai ter e por isso eu fico à salvo de discutir futuramente a partilha do patrimônio em comum e outras consequências.

Estamos voltando a uma situação de que aqueles que querem o prestígio do casamento, estão aí atendidos pela Constituição. Agora, uma coisa é certa, a proteção, as consequências derivadas da união estável. O que se pode criticar é que a Constituição deixou em aberto o que significa a união estável. É a união estável antes de dois anos, é união estável para quem tem filhos, para quem não tem filhos, há muitos casais que se casam, vivem 20 anos e não têm nenhuma estabilidade, não quer dizer que tempo de serviço seja estabilidade. É como o funcionário que tem 20 anos de serviço mas nunca trabalhou, é um serviço público e não quer dizer nada. Outro começou, logo, está trabalhando.

A situação aqui é idêntica. Não há um parâmetro e eu acredito que a Jurisprudência vai examinar caso a caso, o que significa estabilidade. Alguém pode viver durante um ano, muito bem, estabilizado, "more uxorio", com a intenção de vida permanente e perpétua, enfim, tudo caracterizado, morreu e com a separação vão discutir a partilha desse patrimônio e as consequências jurídicas. Mas não se pode dizer por um ano ou dois ou três com uma lei como a do imposto de renda que diz, cinco anos de companheira, considera-se como dependente econômica, mas aí pode ser um ano de dependência econômica, pode ser dois ou três, por que

cinco? Apenas vou por uma baliza temporal que o legislador quis instituir. Mas na verdade não era um critério suficiente para essa fixação.

Eu estou de acordo com o meu prezadíssimo Paulo Lins e Silva nas suas objeções contra esse anacronismo interpretativo que uma realidade que se coloca aqui. A Constituição está dizendo, está tudo certo, está tudo igual, tem que respeitar. Ora a falta de norma não impede, como ele disse, a analogia, mas na verdade não está completo. Não somente com o Artigo 4º da Constituição mas também o Artigo 5º que fala dos fins sociais da lei dizendo que o juiz atenderá os fins sociais. Qual é o fim social do Parágrafo 3º do Artigo 337? Não. É para dizer que existe uma união estável, existe uma sociedade que se constituiu fora do casamento mas ela está perfeitamente integrada como família e, portanto, deve ser prestigiada e todas as suas conseqüências devem ser abrigadas pelos direitos, jurando essas conseqüências de ordem pejorativa, o amásio, a companhia, aquela coisa toda, pejorativas de um passado que era essencialmente machista. Porque na verdade o que se protegia, por trás disso tudo, não era a mulher e sim aqueles que estavam nas suas uniões livres.

interpretação jurídica que é completar o vazio na falta de uma legislação. A realidade ninguém está dizendo, mas a sociedade sente que há necessidade de se encontrar soluções para aquelas conseqüências. Mas de qualquer maneira não há a menor dúvida de que a Constituição está dizendo muito mais do que disse até hoje.

MEDIADOR: ADVOGADO ANTONIO CORRÊA MEYER

Tenho uma pergunta a fazer ao Roberto Rosas. Disse o Paulo Lins e Silva que, quando não havia a lei, o poder judiciário era muito mais flexível e bastou um dispositivo constitucional, para que a orientação mudasse, e aquela flexibilidade anterior se tornasse em orientação mais rígida. Você também entende assim?

ADVOGADO ROBERTO ROSAS

Perfeitamente. No momento em que a Constituição estabelece uma não muito clara, pois na verdade ela quis dizer mais do que se disse até hoje - a expressão união estável, se não é muito feliz é muito mais do que se disse até agora - ela está acima de uma época em que se construía pretorianamente.

Aí está também a beleza da